Слово редактора-составителя

Кирилл Титаев

Что же такое «по закону»? История поиска ответов

Совы — не то, чем они кажутся
Twin Peaks

До начала XVIII века, т. е. до эпохи Просвещения, право в Европе опиралось скорее не на писаный закон, а на здравый смысл судьи, правовой обычай, локальную традицию. Кодексы, единое правовое пространство, разграничение подсудности, единообразное применение закона — все эти идеи появились в ходе просвещенческого проекта. До этого на каждой территории действовало несколько разных судов, и подавляющее число преступлений или гражданских споров могло рассматриваться в любом из них. Королевские и локальные акты, каноническое право, судебные прецеденты, местные обычаи, труды великих (как правило, римских) юристов — все это примерно в равной мере служило основанием для принятия решений. Описание российской ситуации в эту эпоху отлично представлено в двух сборниках, вышедших под редакцией Марианны Муравьевой [Муравьева, 2011; Муравьева, Пушкарева, 2012].

Переход к Новому времени вызвал к жизни идею позитивного права, зафиксированного в тексте законов[1]. Эта идея нашла отра-

---

Титаев Кирилл Дмитриевич — ведущий научный сотрудник Института проблем правоприменения при Европейском университете в Санкт-Петербурге. Научные интересы: социология права, эмпирическое правоведение, исследования полиции, исследования судебной системы. E-mail: ktitaev@eu.spb.ru.
Titaev Kirill Dmitryevich — Senior Research Fellow at the Institute for the Rule of Law at European University at Saint-Petersburg. Research interests: Sociology of Law, Empirical Legal Studies, Police Studies, Court Studies. E-mail: ktitaev@eu.spb.ru.
Обзор подготовлен в рамках проекта «Социологическое исследование юридической профессии в России», поддержанного Российским научным фондом.

1 Оно может черпать свою легитимность в решениях правителя, воле народа или естественных правах — это не важно.

жение, например, в наполеоновских кодексах. В повседневной работе суды и другие органы, которые применяли право «на земле», не всегда руководствовались кодексами и законами. Однако в правовой науке XIX века абсолютно доминировал позитивизм. На первый план вышли идеи государства как источника права, сведение права к комплексу норм, действующих в конкретном месте в конкретное время, представление о том, что люди (судьи, полицейские и т. д.) лишь применяют право, и его правильное применение обеспечивает «равенство всех перед законом». В XX веке эти идеи были доведены до логического завершения в работах основателя нормативистской школы права Ганса Кельзена.

Однако постепенно юристы, философы, чиновники, судьи осознали, что рисуемая картина если не всеобщего благоденствия, то по меньшей мере всеобщего равенства рушится, столкнувшись с реальностью. Маркс описывал право как инструмент, который используют господствующие классы для подавления или как результат борьбы между различными игроками[1]. В Восточной Европе юристы обнаруживали разительное расхождение между законами (правом), которым их учили, и тем, что «практиковалось» на земле. Будущий товарищ обер-прокурора уголовного кассационного департамента Правительствующего сената Иван Фойницкий в 1878 г. выпустил «Программу для собирания народных юридических обычаев», которая стала краеугольным камнем его дальнейшей юридической работы. В ней он предложил детальный план описания реальной юридической практики сельской (преимущественно) России. Необходимость этой программы, по его мнению, была связана именно с тем, что работа суда на местах оказалась бесконечно далека от писаной нормы. Фойницкий навсегда сохранил убеждение, что кроме Полного собрания законов Российской империи существует еще и правовая практика, которая в лучшем случае закон учитывает, но не следует ему строго, а в типовом — попросту этого закона не знает.

В примечательной ситуации оказался и ученый, написавший первую книгу, в названии которой присутствуют слова «социология права», — Ойген Эрлих. В 1896 г., вернувшись после получения докторской степени в Вене в родные Черновцы, он увидел пропасть, которая разделяла законы Австро-Венгерской империи и реальные способы разрешения конфликтов, практиковавшихся жителями Буковины.

1 Особенно интересен в этом плане молодой Маркс, подробно описывающий свою позицию в статье «Дебаты по закону о краже леса» [Маркс, 1955].

По другую сторону Атлантического океана к схожим мыслям пришел Оливер Уэнделл Холмс (младший), будущий член Верховного суда США, который в 1881 г. опубликовал свой opus magnum — «Общее право». В нем он продемонстрировал роль здравого смысла в принятии судебного решения и указал, что судья сначала принимает решение, руководствуясь своей человеческой природой, и уже потом, пользуясь профессиональными навыками и юридическими умениями, легализует его с опорой на тексты законов и прецеденты.

Именно из этого парадокса — совмещения догматической, текстуально-ориентированной юриспруденции и повседневной логики судьи, чиновника, или адвоката[1] — выросла современная социология права. Со временем эта дистанция нисколько не уменьшилась. Гюнтер Тюбнер даже ввел в 1997 г. термин «глобальная Буковина» [Teubner, 1997], отсылающий к опыту Ойгена Эрлиха. Он показал, что разрыв между «правом в книгах» и «правом в жизни» только увеличился.

Весь XX век — век осмысления этого разрыва. Свои варианты такого осмысления предлагали представители самых разных дисциплин. Психологи пытались понять, почему люди ведут себя в соответствии с законом тогда, когда это нерационально, и нарушают его, когда выгоднее пойти законным путем [Tyler, 2006]. Микросоциологи реконструировали, как же выглядит «законное» изнутри жизненного мира человека [Ewick, Silbey, 1998]. Социологи, ориентированные на количественные методы и структурные объяснения, трактовали неравенство в вынесении приговоров как основной маркер социального неравенства вообще [Серон, Мангер, 2014]. Социологи-теоретики создавали концепции права (закона) как феномена особого рода [Black, 2008] или описывали пространство юриспруденции как важнейшую, но при этом относительно автономную часть социального пространства [Бурдье, 2005]. Перечисление и каталогизацию всех участников этого поиска можно продолжать.

В процессе осмысления разрыва сформировалась обширная междисциплинарная область, которая в англоязычном мире называется Law and Society или Empirical Legal Studies, в Европе она чаще рассматривается как часть социологии права или (преимущественно в Скандинавии) примыкает к криминологии[2]. По-русски это можно было бы назвать «эмпирическим правоведением» [Волков, 2015, с. 7].

1 Еще один парадокс состоит в том, что обычный человек этих различий не видит. Нужно обладать юридической оптикой, чтобы увидеть, насколько то, что предсказывает норма, отличается от того, что наблюдается в жизни.

2 При этом за пределами России криминология за редким исключением является частью социальных наук, а не юриспруденции.

В развитии области важную роль сыграли две мощных теоретических волны. Первая связана с прагматическим поворотом в социальных науках 1960-х годов. Она была ориентирована на критическую деконструкцию правовых и политических идеологий. В фокусе исследователей оказались проблемы неравенства, дискриминации, расового и полового профайлинга в судах. Одновременно с большим азартом велась деконструкция легального пространства как такового. Демонстрировалось, что практически в одинаковых ситуациях правоприменитель принимает разные решения в зависимости от экстралегальных факторов. Как ни странно, но именно эта волна вовлекла в пространство эмпирических исследований множество англо-американских юристов (в Европе ситуация сложилась иная). Большая часть теоретических лидеров того времени в качестве первой ученой степени получали именно степень юридическую, хотя многие потом обзавелись второй степенью в сфере социальных или гуманитарных наук.

Вторая волна (начало — середина 1980-х) связана с развитием количественных методов и возможностью квантификации и измерения множества социальных и правовых явлений. Одинаковые ли наказания получают за одно и то же преступление белые и черные? Равные ли компенсации назначают за один и тот же моральный ущерб судьи в разных штатах? Различается ли объем потока жалоб на работу социальных служб в разных городах? Именно возможность измерения показала огромную вариативность применения одних и тех же формальных правил в одинаковых на первый взгляд условиях.

Несмотря на относительную междисциплинарность области, можно выделить несколько аксиом, на которых строится практически любое исследование вне зависимости от того, кто его делает: психологи, политологи социологи или криминологи.

Во-первых, это признание того факта, что поведение людей, которые закон применяют, нельзя свести к тексту закона (хотя роль писанной нормы практически никто не отрицает).

Во-вторых, твердая уверенность в том, что закон применяется по-разному к представителям разных социальных групп и по-разному используется в зависимости от ресурсов конкретного социального агента.

В-третьих, закон начинает существовать тогда и только тогда, когда его применяют. В отрыве от опыта применения (угрозы применения) ни закон, ни право не существуют.

В-четвертых, изложенные тезисы нельзя объяснить изнутри юридической логики и юридической теории. Либо юридическая наука должна инкорпорировать достижения социальных наук (по этому пути пошла англо-американская традиция), либо соци-

альные науки должны активно заниматься этой проблемой (европейский путь).

И, наконец, в-пятых, существование закона как механизма формализованного социального контроля в обществе не отменимо. Он является неотъемлемой частью социального мира и одним из важнейших маркеров, позволяющих увидеть разницу между разными обществами. Именно бытование закона позволяет увидеть, как устроено общество; именно на примере того, как функционируют законы, можно, например, увидеть, как работают социологические теории [Вахштайн, 2015].

Тематический номер предлагает русскоязычному читателю подборку текстов, выполненных в указанной традиции[1]. Они касаются разнообразных аспектов работы российской правовой и правоохранительной системы и дают объемное представление о картографии таких исследований.

Открывают номер тексты Елены и Михаила Масловских, а также Даниила Кузнецова, которые посвящены описанию центральных теоретических проектов в социологии права последних десятилетий — концепции юридического поля Пьера Бурдье и «поведению права» Дональда Блэка. Во многом они демонстрируют крайние точки континуума: для Блэка на первом месте оказывается собственно право как автономно действующая макроструктура. В фокусе Бурдье автономная часть общества, населенная агентами, они активно борются по правилам, которые им предоставляет юридическое поле. С указанными подходами может конкурировать, пожалуй, только подход Никласа Лумана, который понимает право как аутопойетическую сферу и обсуждает проблемы внутреннего функционирования закона.

Следующий блок статей посвящен тому, как устроены различные элементы российской правоохранительной и судебной системы. Его открывает текст Ивана Григорьева, посвященный секретариату российского Конституционного суда — он представляет обширную традицию изучения высших судов. Дело в том, что высший суд страны (Конституционные суды в России и Германии или Верховный суд США) не разрешает конкретные споры, но по сути создает политику такого разрешения, принимая решения о конституционности или неконституционности той или иной нормы или формата ее применения. При этом в высшие суды поступает огромное число обращений (до десятков тысяч в год). Сами судьи никогда не смогли бы их даже прочитать, поэтому так важна роль аппарата суда, который влияет (может влиять) на повестку суда.

1 Обзор ситуации в России см. [Дмитриева, 2013; Титаев, 2013].

Тему судов продолжает статья Вадима Волкова и Арины Дмитриевой. На материалах опросов и интервью авторы рассматривают социальную структуру и профессиональные субкультуры российских судей. Изучение отдельных категорий правоприменителей позволяет понять, кто они и чем отличаются от других социальных групп. В схожей традиции выполнена статья Екатерины Ходжаевой и Юлии Рабовски. Но если описание сообщества судей строится через анализ рекрутинга и декларативного отношения к различным ценностям, то на примере адвокатов рассмотрены различные паттерны поведения в относительно слабой профессиональной позиции: в ситуации, когда добиться оправдательного приговора для своего подзащитного по уголовному делу адвокат практически не может. Завершает раздел статья Кирилла Титаева и Марии Шкляр о механике работы юриста. Профессиональный язык — умение правильным образом описать и подать некоторую последовательность фактов так, чтобы она выглядела «преступлением», — первооснова юридической профессии как таковой. Особенностям формирования и функционирования этого языка и посвящена статья.

Продолжает номер перевод статьи Уильяма Фелстинера, Ричарда Абеля и Остина Сарата. Предложенную ими и популярную сегодня модель «называния — обвинения — требования» можно отнести к «теориям среднего уровня»: модель является одной из тех, что убедительно описывает возникновение и развитие гражданского частного спора, т. е. такого спора, в котором есть пострадавший, решающий, мобилизовать или не мобилизовать право.

Завершает номер подборка рецензий и обзоров ключевых для современной эмпирической социологии права книг. Екатерина Моисеева рассказывает, как можно изучать суды, фокусируясь на их организационном устройстве, рассматривая работы «Отправление правосудия: организационный анализ уголовных судов» Джеймса Эйзенштейна и Герберта Джейкоба, а также исследование Брайана Острома и его соавторов «Суд как организация». Арина Дмитриева обращается к книге Чарльза Эппа «Чтобы права стали настоящими: активисты, бюрократы и возникновение легалистского государства», посвященной тому, как общественное участие меняет поведение профессиональных правоприменителей и почему мало провести некоторую реформу на бумаге. Тимур Бочаров рассказывает о самых интересных моментах книги Бруно Латура «Производство права: этнография Государственного совета», посвященной работе одного из высших судов Франции. Леонид Бляхер рассматривает единственную пока в России хрестоматию переводных текстов по социологии права и эмпирическому правоведению «Право и правоприменение в зеркале социальных наук». Закрывает номер подробный обзор Ирины Четвериковой классической книги Кассии

Спон «Как судьи принимают решения? Поиск честности и справедливости в наказании» — это исчерпывающий рассказ о статистических исследованиях наказаний в США в последние годы.

Библиография

Бурдье П. (2005) Власть права: основы социологии юридического поля Бурдье П. *Социальное пространство: поля и практики,* СПб: Алетейя: 75–128.

Вахштайн В. (2015) *Дело о повседневности. Социология в судебных прецедентах,* М.; СПб, Центр гуманитарных инициатив.

Волков В. (2015) Введение. Инерция советской модели уголовной юстиции. В. Волков (ред.). *Обвинение и оправдание в постсоветской уголовной юстиции*, М.: Норма: 5–17.

Дмитриева А. (2013) Как на самом деле работает закон: новая социология права в России. *Экономическая социология:* 14 (5): 144–158.

Маркс К. (1955) Дебаты по поводу закона о краже леса. Дебаты шестого Рейнского ландтага о краже леса (статья третья). К. Маркс, Ф. Энгельс. *Сочинения*. 2-е изд. Т. 1, М.: Госполитиздат: 119–159.

Муравьева М. (2011) (ред.) *Вина и позор в контексте становления современных европейских государств (XVI–XX вв.). Сборник статей,* СПб: ЕУСПб.

Муравьева М., Пушкарева Н. (2012) (ред.) *Бытовое насилие в истории российской повседневности (XI–XXI вв.) Сборник статей,* СПб: ЕУСПб.

Сэрон К., Мангер Ф. (2014) Право и неравенство: раса, гендер… и, разумеется, класс. Э. Панеях (ред.). *Право и правоприменение в зеркале социальных наук: хрестоматия современных текстов*, М.: Статут: 58–83.

Титаев К. (2013) Социология права и социолегальные исследования (исследования правоприменения): границы, спрос на результаты, практический потенциал в России. Е. Салыгин, С. Маркунцов (ред.). *Общественный запрос на социолого-правовые исследования и обучение социологии права. Сборник статей факультета права НИУ ВШЭ,* М.: НИУ ВШЭ, Юриспруденция: 49–61.

Black D. (2008) *The Behavior of Law,* Bingley: Emerald.

Evick P. Silbey S. *The Common Place of Law: Stories from Everyday Life*. University of Chicago Press.

Teubner G. (1997) Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society. G. Teubner (ed.). *Global Law without a State*, Brookfield: Dartmouth: 3–28.

Tyler T. (2006) *Why People Obey the Law.* Princeton University Press.

References

Black D. (2008) *The Behavior of Law* Bingley: Emerald.

Bourdie P. (2005) Vlast' prava: osnovy sotsiologii iuridicheskogo polia [Force of law: Toward a sociology of the juridical field] Burd'e P. *Sotsial'noe prostranstvo: polia i praktiki*. SPb: Aleteiia: 75–128.

Dmitrieva A. (2013) Kak na samom dele rabotaet zakon: novaia sotsiologiia prava v Rossii [How the Law Really Works: The New Sociology of Law in Russia] *Ekonomicheskaia sotsiologiia*: 14, 5: 144–158.

Evick P. Silbey S. *The common place of law: Stories from everyday life*. University of Chicago Press.

Marks K. (1955) Debaty po povodu zakona o krazhe lesa. Debaty shestogo Reinskogo landtaga o krazhe lesa (stat'ia tret'ia) [Debates on the Law on Thefts of Wood] K. Marks, F. Engel's *Sochineniia* 2-e izd. T. 1. — M.: Gospolitizdat: 119–159.

Murav'eva M. (2011) (red.) *Vina i pozor v kontekste stanovleniia sovremennykh evropeiskikh gosudarstv (XVI–XX vv.).* [Fault and Shame in the Context of the Formation of the Contemporary European States (XVI–XX c.)] Sbornik statei. SPb: EU SPb.

Murav'eva M., Pushkareva N. (2012) (red.) *Bytovoe nasilie v istorii rossiiskoi povsednevnosti (XI–XXI vv.)* [Home Violence in the History of the Russian Everyday Life] Sbornik statei. SPb: EU SPb

Seron C., Munger F. (2014) Pravo i neravenstvo: rasa, gender… i, razumeetsia, klass. [Law and inequality: Race, gender… and, of course, class] Paneiakh E. (red.) *Pravo i pravoprimenenie v zerkale sotsial'nykh nauk: khrestomatiia sovremennykh tekstov.* M.: Statut: 58–83.

Teubner G. (1997) Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society Teubner G. (ed.) *Global Law Without a State*. Brookfield: Dartmouth: 3–28.

Titaev K. (2013) Sotsiologiia prava i sotsiolegal'nye issledovaniia (issledovaniia pravoprimeneniia): granitsy, spros na rezul'taty, prakticheskii potentsial v Rossii [The Sociology of Law and The Socio-Legal Studies (the Studies of Law Enforcement): boundaries, demand and practical potential in Russia] Salygin E., Markuntsov S. (red.) *Obshchestvennyi zapros na sotsiologo-pravovye issledovaniia i obuchenie sotsiologii prava. Sbornik statei fakul'teta prava NIU VShE.* M.: NIU VShE, Iurisprudentsiia: 49–61.

Tyler T. (2006) *Why people obey the law*. Princeton University Press

Vakhshtayn V. (2015) *Delo o povsednevnosti: sotsiologiia v sudebnykh pretsedentakh.* [The Case of Everyday Life: the Sociology in the Judicial Precedents] M.: Tsentr gumanitarnykh initsiativ

Volkov V. (2015) Vvedenie. Inertsiia sovetskoi modeli ugolovnoi iustitsii [Introduction: the Inertia of the Soviet Criminal Justice] Volkov V. (red.) *Obvinenie i opravdanie v postsovetskoi ugolovnoi iustitsii.* M.: Norma: 5–17.